

身分犯における正犯と共犯（3）

佐川友佳子

目 次

- 序
- 第一章 日本の立法過程
 - 第一節 旧刑法期
 - 第二節 現行刑法期 （以上313号）
- 第二章 ドイツにおける身分犯への関与の問題についての展開
 - 第一節 ライヒ刑法典制定までの経緯
 - 第二節 ライヒ刑法典制定後
 - 第三節 ライヒ刑法典成立以降の草案における展開
 - 第四節 第二次世界大戦後の動向 刑法改正委員会における議論
 - 第五節 現在の議論 （以上317号）
- 第三章 オーストリアにおける身分犯への関与の問題についての展開
 - 第一節 現行刑法以前
 - (1) 立法過程
 - 1) 1852年旧刑法典
 - 2) 1927年草案
 - (2) 学説
 - (3) オーストリアにおける客観的傾向
 - 第二節 現行オーストリア刑法典
 - (1) 立 法
 - 1) 各 草 案
 - 2) 現行規定
 - (2) 学説の展開
 - (3) 判 例
 - (4) 総 括 （以上本号）
- 第四章 日本における現在の議論
- 第五章 結 論

第三章 オーストリアにおける 身分犯への関与の問題についての展開

1. はじめに

前章までの検討において、日本およびドイツの立法およびその歴史的展開から、以下のようなことが明らかとなった。すなわち、両国では、複数人が犯罪に共働した場合、正犯と共犯とを区分する体系を前提とした上で、身分犯の問題については、加減的および阻却的身分の場合には各人の身分を個別化するという取り扱いが現在の刑法に至る潮流の中で一貫して存在してきたこと、他方で構成的身分犯の場合には、非身分者も身分者と同様に処罰されるという取り扱いがなされていたことである。しかしその場合には、加減的身分犯の場合と比して、非身分者への刑罰が過酷となってしまう点が問題視された。そのためドイツでは、ライヒ刑法典の成立以降、構成的身分犯に関与した非身分者については刑の減輕規定を設けることで、この矛盾を緩和しようとする立法的提案がなされ、現行ドイツ法では実際にこれが採用されることとなったのである。

しかしながらこれに対しては、共犯の従属性に関して誇張従属形式を採用し、加減的身分犯の場合にも身分の連帯化を認めることによってこの矛盾を解消する、との解決策もあった。そしてこれは実際、ライヒ刑法典制定後、共犯の従属的性質を強調する立場から主張されたのである¹⁾。にもかかわらず、現行刑法典では、加減的身分の一身的效果を維持した上で、量刑上の取り扱いを考慮することによってその矛盾を緩和する、という一種の妥協的な解決策が採られることとなった。このような背景には、身分犯が一般の犯罪への共犯とは異なり、各人がその者の有する一身専属的な

1) ビルクマイヤーの見解がその代表である。Karl Birkmeyer, Teilnahme am Verbrechen, VDA. Ba. II, S. 158. この点につき拙稿「身分犯における正犯と共犯（2）」立命館法学 317号（2008）84頁参照。

身分によってその罪責をはかられるべきものであるという思考があったことが指摘された。

他方、1930年以降のドイツでは、拡張的正犯論が大きな勢力を有し、従来の共犯体系を変更して統一的正犯体系を採用すべきである、という主張も存在したが、この場合、各関与者をそれぞれ正犯として取り扱うということから、構成的身分犯の場合に、非身分者の処罰を根拠付けることができないという理論的帰結が生じることが問題視され、結局これが不都合なものであるとして、結局、従来の共犯体系を維持することとなった。というのも、拡張的正犯論を前提とすれば、各人が正犯者であって、それぞれ独立した存在である以上、ある者に存在する事情が他の者に影響するということは認められないものであって、それゆえに構成的身分犯の場合に、身分者に存在する身分が非身分者に連带的に作用する、という従来の取り扱いを維持することはできないものとされたのである²⁾。

このようなドイツの展開と対照的な経緯を辿ったのが、その隣国オーストリアである。ここでは、ドイツと共通の理論的基盤が存在し、そして歴史的にドイツの学説に大きな影響を受けつつも、共犯論、身分犯への関与の問題については、独自の展開をみることとなった³⁾。例えば、ドイツ刑法学の理論展開に多大な影響力を有した目的的行為論の受容がなされず、純粋なベーリング体系が長く維持されたこと、ゆえに、違法の中に主観的な

2) 他方で秩序違反法については統一的正犯体系が採用され、身分犯の場合には、関与者のうちの一人にのみ当該身分が存在すれば良いとの規定が採用されることになったことは前章で指摘した通りである。この点については、René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 151ff; ders, Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich, Festschrift für Rudolf Schmitt, 1992, S. 33ff. 後者の紹介として、拙稿「ルネ・ブロイ『ドイツ及びオーストリアにおける統一的正犯論の近時の発展傾向』」立命館法学303号(2006)338頁以下。

3) これについては、振律隆行『刑事不法論の研究』(1996)、同「オーストリアにおける犯罪論の展開について」『刑事不法論の展開』(2004)1頁以下を参照。また、共犯と身分の問題については、十河太郎「オーストリア刑法における共犯と身分」愛媛大学法文学部論集・総合政策学科編16巻(2004)69頁以下が詳しい。

要素のものを認めず、客観的なものとして捉えるという傾向が顕著であったことなど、ドイツとの相違が様々な点において認められる。特に、共犯論に関していえば、現行刑法典では、ドイツおよび日本のような正犯・共犯を区分するのは異なる関与体系、すなわち、すべての関与者を正犯者として取り扱うという統一的正犯体系が採用され、また、身分犯の問題についても特徴的な規定を有することとなったのである。以下では、この過程について考察する。

第一節 現行刑法以前

（1）立法過程および学説

「共犯者の特別の一身的事情という非常に争いのある問題……は、全ての刑法学説のうち、最も古く、そして絶望的なものに属する」⁴⁾。これはかつて、オーストリアの刑法学者ツィンマールによって述べられたものである。この彼の言葉からも明らかであるように、オーストリアにおいても、前章におけるドイツと同様、身分犯への関与の問題については多くの議論がなされてきた。

周知のように、オーストリアはその地理的關係および歴史的経緯によって、ドイツと密接な関係を有しており、これはまた法の領域においても同様であった。例えば、前章でも指摘したように、1852年刑法典以降に提案された草案の多くがドイツ刑法を参照して作成されたものであるし、また、1927年には、ドイツとの法統一化の動きを受け、ドイツの政府草案と同一内容の草案が議会に提出されるに至ったほどである⁵⁾。

しかしながら、オーストリアにおいては、戦後の刑法の全面改正によって、立法的にはドイツと全く異なる道を辿ることとなった。1974年オーストリア刑法典において採用された統一的正犯体系においては、複数人が犯

4) Leopold Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 137.

5) Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches samt Erläuterungen, Wien, 1971, S. 51f. 法務省刑事局『1962年オーストリア刑法草案』（1964）1頁以下参照。

罪に関与した場合、各人が正犯者とされ、他の関与者とは独立の可罰性を有するとされることとなった。これを前提として、身分犯の場合に、構成的・加減的身分といった区分を採用すれば、各人は独立して正犯者とされるために、別に規定を設けない限り、構成的身分犯に関与する非身分者は不処罰となる。このような帰結を回避するために、オーストリア刑法典では身分犯の関与について、違法・責任身分という区分を設け、前者は非身分者にも連帯して作用し、後者であれば個別化するという手法を採用することによって、この問題を処理している⁶⁾。すなわち、ドイツや日本とは異なる規定形式を採用したのである。以下では、オーストリアがこのような現在の規定に至るまでに、どのような展開を辿って来たのかを考察する。

1) 1852年旧刑法典

まず、現行刑法典以前の法がどのように規定され、そしてこれについてはどのような形で論じられていたのかについて検討する。オーストリアの旧刑法においては、複数人が犯罪に関与した場合について、以下のように規定されていた。

1852年旧オーストリア刑法典

第5条

1項「重罪につき責任を負う者は、一人、直接的正犯のみならず、さらに、命令、勧告、手引き、称賛によって悪行へ誘い、これを惹起せしめた者、又は、その遂行に当たって故意に道具を調達し、障害を除去し、その他何らかの援助を与えることにより幫助をなして確実な完成へ寄与した者である。所為の完成後に正犯者に対し幫助又は後援を為すべきこと、又は利得の分け前のことを、事前に、正犯者と合意した者も同様である」

6) 周知のように、このオーストリアの規定と同じように、日本刑法の65条1項及び2項についても違法身分・責任身分という区分に従って解釈すべきであるという見解を主張しているのが、西田教授である。西田典之『新版・共犯と身分』(2003)155頁以下。

2項「正犯者に対する、又は、共同責任者⁷⁾又は加担者⁸⁾に対する犯罪の可罰性を、その者の身分上の状態のみを理由として、免除する責任阻却事情は、その他の共同責任者および加担者に及ばない」

この、1852年刑法の第1項の規定については、かつては犯罪関与の形式によって正犯・共犯を分類する共犯体系を採用したものであるという理解と、統一的正犯体系を採用したものであるという理解とが対立していた。これにつき、ノヴァコフスキーは以下のように述べる⁹⁾。「オーストリア法は、正犯と共同責任との価値的な区分を知らず、関与形式を原則的に同一に取り扱う。このことは、教唆と幫助が間接的な正犯の中に解消される、排他的正犯概念¹⁰⁾に対応するものである」。つまり、ドイツでは共犯とされるような関与形式が、オーストリアにおいては価値的に正犯と同等とされるのであり、法もこれを認めているというのである。

しかしまた、「逆の解決も可能である」と彼はいう。つまり、「共犯に間接的な正犯を解消すること、例えばリットラーそしてマラニウクがそうである」。このような見解に従えば、実行行為を設定した者は、それに対して常に正犯者であり、もしかすると可罰的でないとしても、背後者は常に教唆者あるいは幫助者でしかない」とされる。したがって、この見解、すなわちこの規定が共犯体系を採用したものであると解するリットラーによれば、「5条は刑罰拡張事由」であり、「直接的正犯者と教唆者、幫助者、そして加担者を区分すべきもの」であるとされた¹¹⁾。

7) 原語は「Mitschuldige」であり、日本刑法にいう教唆犯・幫助犯に対応するものである。

8) 原語は「Teilnehmer」であるが、これは犯罪実行前に、犯罪終了後の支援、または利益配分について正犯者と合意した者である。

9) Friedrich Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, S. 98.

10) これは、教唆、幫助といった、正犯以外の関与形式を認めないというものである。

11) しかし、彼は、過失犯の場合には、「ただ、直接的正犯者だけではなく、それぞれの他の共同責任者も、広い意味での正犯者とされる」としていた。Theodor Rittler, Neuaufbau der Lehre von Täterschaft, Mitschuld und Teilnahme, Juristische Blätter 61. Jahrgang, 1932, S. 490.

このように、旧刑法5条第1項の解釈としては、全ての者が正犯として扱われることを定式化したものか、あるいは、ドイツと同様、教唆や幫助といった関与形式間の区分も認めるものであるのかどうかについて争いが存在した。この点、現行刑法典の草案理由書によれば、旧刑法も統一的正犯体系を採用したものであって、これを新刑法典でも維持するとの説明がなされている¹²⁾。しかしながらこれについては、新刑法典の制定に際して大きな理論的基盤を提供したカデチカ、ノヴァコフスキーの影響を大きく受けたものと考えられる。ゆえに、旧刑法の解釈論としては、上述のノヴァコフスキーの指摘にも見られるように、文言上は、いずれとも主張されうる状況にあったのである。

また、この第2項の規定は、責任阻却事由の効果が、他の関与者には及ばないとするものである。学説では、責任阻却事由の個別的作用を認めるこの規定によって、オーストリアでは制限従属形式が採用されていると理解されていた¹³⁾。

歴史的に見れば、この1852年のオーストリア刑法典は1803年の法律を基礎としたものであって、その後の法律によって補充されてはいたものの、やはりドイツと同様、改正が必要であるとの認識で一致しており、1867年以降、多くの草案が提出されることとなったのである。

2) 1927年草案

1922年、当時の司法参事官であったカデチカがドイツの1919年草案に対する対案を起草し¹⁴⁾、そして彼がドイツ司法省における刑法改正に関する

12) Auszug aus den Erklärungen zur Regierungsvorlage 1971 samt Bericht des Justizausschusses, Dokumentation zum Strafgesetzbuch, 1974, S. 66.

13) Friedrich Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, S. 101; この点、ドイツ刑法典においては、1943年の改正まで、このような責任の個別化を認める規定は存在しなかった。

14) オーストリア1922年対案・第30条

1項「特別の資格または関係が可罰性を基礎付ける旨を法規が規定する場合、起因者(Urheber)および従犯は、この事情が存在しない者といえども、なお可罰的である。

審議に参画する中で、ドイツ1925年草案が作成された。そしてさらにその後、ドイツとオーストリアの司法当局による共同作業の結果、両国の1927年草案が成立したのである¹⁵⁾。ドイツとの法の統一化が目指されたこのオーストリア1927年草案では、共犯と身分についても、やはりドイツの1927年草案と全く同じ内容の条文が提案されていた¹⁶⁾。

32条1項「その可罰性が特別の資格または関係によって基礎付けられる所為を理由としては、当該資格または関係が共犯者あるいは正犯者に存在する以上は、教唆者および幫助者は可罰的である。それが教唆者に存在しない場合には、その者の刑を減輕することができる（73条）」
2項「特別の資格または関係が刑を加重、減輕、あるいは阻却する旨を法規が定めている場合、それは、これらの資格または関係が存在する正犯者、共犯者、あるいは幫助者に対してのみ適用される」

理由書では、「32条の規定によれば、公務員でない者も、彼が、精神病の公務員に、他者の不利益となるよう、職務上の秘密を漏洩する（140条）……よう唆す場合にも可罰的」であるとされ、そしてまた逆の事例、つまり「真正公務員犯罪を非公務員を通じて遂行させる」公務員についても、可罰的であるとされる、と解説されている¹⁷⁾。

このように、オーストリアの27年草案も、既に述べたドイツの草案と同様、従来、間接正犯とされた場合を共犯に解消する方向を目指したものであった。それに伴い、身分犯の問題については、正犯者にその身分が存在せずとも、それが共犯者に存在する限りで当該身分犯として処罰されると

ただし、その刑を減輕することができる」

2項「特別の資格または関係が、刑罰を加重・減輕または阻却する旨を法規が規定する場合、その規定は、その存する正犯又は共犯にのみ適用される」

15) 内藤謙『刑法改正と犯罪論 日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開（上）』(1974)340頁以下。

16) Ferdinand Kadečka, Der österreichische Strafgesetzentwurf vom Jahre 1927 mit Erläuterungen aus der Begründung und Anmerkungen, 1927, S. 15.

17) Ferdinand Kadečka, Der österreichische Strafgesetzentwurf vom Jahre 1927, S. 15.

いう、いわゆる正犯なき共犯を認めることとなったのである。また、教唆が非身分者であった場合に減軽を認める¹⁸⁾などの点も、ドイツと全く同様のものではあった¹⁹⁾。

(2) 学説

この草案に対する学説の反応は、どのようなものだったのだろうか。以下では、この1927年草案に対する評価をみることにする。

1) リットラーの見解

リットラーは、学説においては従来、身分なき故意ある道具を利用した背後者について、間接正犯が認められてきたが、むしろこの場合には共犯を認めるべきであるとし、共犯の成立を広く認める27年草案のこの32条を肯定的に評価する。

例えば、登記所長が、登記文書を、自身で処分するのではなく、彼の妻によって焼却させた事例、および妊婦が、自手的にはなく、助産婦の介入によって墮胎した事例が挙げられる。

「102条cで挙げられている実行行為を設定、つまり文書を処分した妻は、構成要件が正犯者に要求している身分を有していない。登記所長の妻は、これにつき、公権力の濫用の直接的正犯者の責任を負わされ得ず、助産婦は自己墮胎の直接的正犯者の責任を負わされない。しかし、同じく、登記所長および助産婦も、直接的正犯者とはされえない」²⁰⁾。

この場合に首尾一貫すれば「直接的正犯者がなく、それゆえ、教唆者も幫助者もない、ゆえにそもそも誰も可罰的とされない」という結論に至る

18) ドイツ法と同様、幫助にはそもそも必要的減軽が認められていた(30条)。

19) その後、この草案についてドイツ、オーストリア刑法会議が開かれ、法統一化が目指されることとなったが、ドイツのナチス政権登場による1933年前後の政治的状況のために、結局、この試みは挫折することとなった。内藤・前掲書343頁以下。

20) Theodor Rittler, Neuaufbau der Lehre von Täterschaft, Mitschuld und Teilnahme, Juristische Blätter 61.Jahrgang, 1932, S. 489.

ことになる。

しかし、通説は、「直接的正犯者でもなく、直接的正犯者が欠けているがゆえに教唆者および幫助者としても問題とならない、公務員と妊婦は、間接正犯者となることが認められる……これに対して、『故意ある道具』、すなわち、妻と助産婦は、幫助者と同格に扱われる」²¹⁾として、間接正犯という形象を認めることによって、背後者は正犯として処罰されるとする。

現にドイツでは、判例においてもこのような結論が認められていた²²⁾。例えば、市長が、囚人の移送の際に、自己の権限による輸送伝票を、非権限者に改ざんさせた、という事案につき、ライヒ裁判所は、市長が職務上の公文書偽造の故意を持って行為した以上、その間接正犯になるとしたのである²³⁾。

しかしながら、リットラーは、このような間接正犯という形象はオーストリア刑法5条において述べられておらず、これには罪刑法定主義の観点から疑念が存在するとする²⁴⁾。彼によれば、「法理論は、法規に含まれている間隙を曝け出しうるものであるが、それは、そこに立てられた規範によって、間隙を埋める代理権を有するものではない」のである²⁵⁾。そこで、彼は、この身分なき道具を利用した事例については、以下のように解すべきであるとする。

「犯罪の主体として、102条で公務員、144条で妊婦が挙げられている場合、これは、もっぱら直接的正犯者にのみ適用される訳ではない。その身分が広い意味での行為者のうちの誰かに、つまり、場合によっては教唆者あるいは幫助者に存在していることで充分なのである」²⁶⁾。

21) Rittler, aa.O., S. 489.

22) 大塚仁『間接正犯の研究』（1958）140頁以下参照。

23) RGSt 28, 109.

24) 上述のように彼は、この5条を刑罰拡張事由であるとする。

25) Rittler, aa.O., S.486.

26) Rittler, aa.O., S.489.

つまり、彼は、ここで挙げた事例の場合、背後者である身分者には、通説のように間接正犯ではなく、共犯が認められ、これこそが「現在、草案の32条が明らかにしている」ことであるとするのである。

彼によれば、身分犯の場合、確かに文言としては、当該身分が実行者に関連するものでなければならぬと構成要件上規定されてはいるが、「実行だけではなくて、各共働も把握するという限りで、文言の意味を超えるということが認められる」ものであり、「特別の正犯者資格が、実行者の代わりに、教唆者あるいは幫助者に存在する場合、本質的な相違はない」とされるのである。

というのも、彼によれば、「刑法典が、その法定刑によって阻止しようとしている犯罪行為（Übeltat）は、登記所長自身がその文書に火をつけるのか、あるいは、彼の妻を通じて焼却しようとしたのかは同一であり、そして同様に、自己の胎児の墮胎という反価値については、妊婦が実行したのか、あるいは助産婦が器具で実行したのかについては、何ら変わるところはない」²⁷⁾からである。

他方で、「身分のない者の遂行した不法は、本質的に低いものである」とし、「それに応じて……身分のない直接的な行為者を、幫助と同値されるものとした」と法が非身分者の処罰を減輕するとしている点を説明する²⁸⁾。

ただし、彼も、自手犯については、実行行為と、身分のある者は、相互に分離され得ず、さもなければ、「法規がその撲滅のために刑罰権を提供している特有の不法が欠ける」として、例えば、姦通は妻によってなされ、脱走は兵役義務者によってなされることが必要であるとしている。しかしながら、自手犯が問題ではない限り、構成要件で挙げられている特別の資格は、「実行者か、あるいはその他の共働した者に存在していることで充分」であるとするのである。

27) Rittler, a.a.O., S.489.

28) Rittler, a.a.O., S.490.

このようにして彼は、身分なき故意ある道具の事例において、通説の採る間接正犯という構成を否定すると同時に、身分者たる背後者を処罰するため、身分は直接的行為者のみならず、関与者のうちの誰かに存在すれば良い、と構成することによって、正犯なき共犯という構成を解釈論として認め、草案の規定を評価するのである。「我々はつまり、ここで、間接正犯という補助的な構成を必要としない。我々は、法規が置いている形象によって十分であることを見出すのである」²⁹⁾。

2) ツインマールの見解

1 身分犯について

草案の規定を積極的に評価したリットラートは対照的に、ツインマールは、前章でも指摘したように、27年草案は「体系違反と内部的矛盾に満ちた」ものであり、特にこの32条を「草案全体で最も誤った条項」であると批判した³⁰⁾。

彼も、間接正犯という構成そのものを、体系違反であるとして、リットラートと同じく批判する³¹⁾。ゆえに、身分なき故意ある道具を利用した事例につき、背後の身分者を間接正犯として処罰することは認めない。例えば、公務員が、非公務員を公務員の部屋に入れるようにし、それによって、非公務員がそこで窃盗を働いた、という場合、公務員は、公務員による窃盗の間接正犯ではなく、「彼の側では、窃盗の共犯行為を設定したのであり、そしてその限りで、彼の行為の不法内容は、正犯行為に、すなわち、単純窃盗に従う」とするのである³²⁾。

ただ、この場合、「公務員の行為は、なお、更なる独立の意味を持っており、その限りで、つまりそれは、公務員の義務の侵害を意味する」が、

29) Rittler, a.a.O., S.489.

30) Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems.1930, S.152f.

31) Zimmerl, a.a.O., S. 143.

32) Zimmerl, a.a.O., S. 153.

これを評価するためには別に規定を設けることが必要であるとする。そこで、「以下のような、他者によって実行された犯行に加担した公務員は……公務員犯罪への共犯者がその下に置かれるのと同じの刑罰規定によって処罰される」といった総則規定が置かれるべきであるとし、これによって間接正犯の概念も不要になるとするのである³³⁾。

そして、彼は、前章でも指摘したように、「共犯者は、彼の不法内容を、正犯行為の不法内容から引き出す」がゆえに、犯行の不法に関係する要素が問題となっている限りで、それが正犯者に存在する限り、共犯者にも帰属されるということは全く正当であるとする。

しかし、これに対して、逆の事例、すなわち、共犯者にのみそうした要素が存在する場合にこれを処罰することは不当であるとする。「正犯行為が不法ではない場合、共犯も、少なくともそれが単なる共犯であり、そして同時に、結果との関係で独立した実行行為ではない限りであり得ない」からである³⁴⁾。すなわち、彼によれば、正犯が不法でない限り、共犯は不法ではあり得ない。それゆえ、身分犯の場合、共犯に身分があろうと、正犯に身分がない限りは、不法ではなく、可罰的ではありえないとされるのである。

しかしながら、27年草案においては、共犯者の一身にのみ身分が存在する場合にも身分犯が成立しようとして、正犯なき共犯が認められた。これに対して、彼は以下のように述べる。

「草案は、理由書から明らかになるように、公務員が、非公務員に、真正公務員犯罪、すなわち、それを公務員が実行した場合にのみ不法であるという犯行を教唆したという事例を考えている。……ある医者が、偶然、どこか別の場所から、患者の秘密を知った彼の妻に、そのことを更に喋るよう教唆する。しかし今や、この事例で、正犯行為はそもそも不法ではなく、そしてそれゆえ、共犯もあり得ない、という

33) Zimmerl., a.a.O., S. 153.

34) Zimmerl., a.a.O., S.152.

ことは明らかである。この医者は全く不法に行為しておらず、そしてそれゆえ、彼を処罰することは不当である」

彼はこのように述べ、身分なき道具の行為に身分者が加功した場合につき、32条が身分者を共犯として処罰することを批判するのである。

彼も、リットラーと同様、背後者たる身分者を間接正犯として構成する見解には批判的であったが、しかしながら、彼は、共犯の成立する前提として正犯の不法が必要であるとし、ゆえに、草案のような、正犯なき共犯という構成を採用することには反対であった。リットラーのように、関与者のうちの誰かに身分があるとすることでは十分ではなく、身分犯の場合、正犯者に当該身分が存在することによって不法なものとされるのであって、それがまた共犯の成立にとって必要条件であるとしたのである。

また、この32条は、刑罰を基礎付ける一身の事情と、刑罰を加減する事情とを区分した上で、その法的な効果に差異を設けることとした。彼はこれにつき、「例えば、何故、枉法への共犯者が、身分犯の法定刑によって処罰され、これに対して公務員の横領への共犯者が、単純横領の法定刑によって処罰されるとされるのかは、全く理解出来ない」と述べ、同じ公務員という身分であるにもかかわらず効果が異なるとするのは妥当ではないとする³⁵⁾。

彼は、従来いわれてきた客観的事情と主観的事情という区分は、「奇妙な執拗性と共に、この何百年にも渡る争いの中で繰り返されている」ものであるが、この区分が行為に関係する事情と、行為者に関係する事情とを問題にしている場合、それは「よりよく、そしてより正当に形式化する、と信じているに過ぎない」ものであるとし、この区分の混乱は、例えば、オーストリア刑法の親族謀殺（137条）と親族故殺（142条）の場合に現れているとする³⁶⁾。つまり、これは前者は親族としての身分が正犯者および共犯者のうち

35) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 141.

36) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 137f. この行為関係的・行為者関係的という区分は、現在のドイツでも通説とされているものである。Lackner/ Kühl, 24., neubearbeitete Auflage, S. 182f., 2001.

誰かに存在すれば認められるが、後者は正犯者が親族でなければ認められないというものであって、ツインマールはの場合、何故両者で異なる効果が認められるのかが合理的に説明できないと批判するのである。

そして彼は、一身のとされる事情と、共犯者にも作用する事情との区分は、このような従来の基準にではなく、むしろ、メツガーが違法と責任とを対置させた中に正当な区分が存在するものであるとして、次のように述べる。

「構成要件(不法)と責任の対立は、本質的なものであるとされる。

そこから、正犯行為の、構成要件に属する全ての事情は、共犯者にも帰属されなければならない、ということが自ずと明らかになる。」

すなわち、彼は、構成要件を不法類型としてとらえ、正犯行為の構成要件にある事情を不法に関係するものとし、そのようなものである限りは、共犯者にも帰属されるべきであるとするのである。

例えば、特殊の違法類型の構成要素とされる直接的な本来的構成要件要素³⁷⁾、および特殊の違法類型を徴表するとされる間接的な本来的構成要件要素³⁸⁾を形成するものは、「まさに、共犯者に対しても影響する。それに対して、非本来的な構成要件要素³⁹⁾は、不法とは全く関係がなく、もっぱら責任或は危険性に関係しなければならないとされるので、それが存在する者についてのみ考慮されうる⁴⁰⁾」ものであり、これらは行為の客観的違法性とは何の関係もないとされる。

このような区分を明らかにするため、以下のような事例が挙げられる。

「例えば直接的に実行した者が公務員であり、その資格があつて初めて実行行為の不法が基礎づけられる場合、全ての他の関与者も、自身

37) 公務執行妨害罪の際に当該公務員の行為が「その権限内における」ものであったことなどがこれに含まれるとされる。Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 25ff.; 佐伯千円『刑法における違法性の理論』(1974)182頁以下参照。

38) それ自体としては害悪ではないが、法がこれによって不法の特定の重さを徴表すると推定したもの。例として、不除去罪の際に除去要求のあったこと等。

39) 嬰兒殺が出産中または出産直後になされたこと、あるいは累犯、常習性等が例として挙げられる。

40) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 138.

は公務員ではないとしても、不法該当的行為したのであり、そして、その公務員犯罪の共働を理由に負責される。直接実行者の公務員の資格が単に不法を加重し、そして同時に実行行為の可罰性も加重するならば、同じ程度に、その他の共働者の可罰性も、その者自身が公務員ではないとしても、加重するのである」⁴¹⁾。

したがって、彼によれば、いわゆる加減的身分犯の場合であっても、公務員としての行為が不法を加重するもので、行為の可罰性も加重されるものであるとするなら、それに共働した者についてもやはり加重が認められるとされる。このように、本来的な構成要件要素を形成する事情であれば、行為の客観的違法性と関係しうるものであって、共犯者にも影響を及ぼすことになる。

しかし、他方で、非本来的な構成要件とされるものは、行為の客観的違法性とは何の関係もないために、これを有する者にのみ影響が及ぶものとされる。

「出産の際に新生児の殺害を他者に教唆する母親は、嬰兒殺の教唆で有罪であるが、正犯者は、通常の故殺を理由として有罪となり、そしてその逆もまた然りである……それが正犯者には存在しないにもかかわらず、教唆者と幫助者は、それがその者に存在する場合には、処罰されるのである。あるいはまた、直接実行者が、責任無能力の状態で行為する、あるいは、責任を阻却するような錯誤において行為する場合についても、「彼のみが不処罰なのであって、他の関与者はそうではない……。直接的な実行者が、許しうる動機から行為するが、関与者のうちの一人は非難されるべき動機から行為する場合、関与者の可罰性は加重されるが、直接的な実行者の可罰性はそうではない」として、一身専属性が認められるものとする。

このような考察を通じて、彼は、草案の32条に代わって、「法益侵害

41) Zimmerl, Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung, ZStW Bd. 54, 1935, S. 587f.

(不法)の重さに関係する事情は、それが正犯者に存在する場合には、すべて、共犯者に帰属される。責任の重さ、あるいは危険性の大きさに関係する事情は、それが存在する者の一身上においてのみ考慮される」という規定を提案するのである⁴²⁾。

2 目的犯について

さらにまたツィンマールは、上述のような思考が、「まさに、同じ方法で、不真正目的犯とそれに類似する傾向犯(刑法171条「領得目的」)が、取り扱われるべきである⁴³⁾と述べ、目的犯や傾向犯についてもパラレルに妥当するものであるとする。彼は、目的犯を不真正目的犯と真正目的犯とに区分し⁴⁴⁾、オーストリア刑法171条にいう「領得目的」を不真正目的犯とした上で、「利得あるいは領得目的は、構成要件に属すのではなくて、犯罪の主観的側面に属すものであり、そしてそれゆえ、責任の要件に過ぎず、正犯行為と共犯行為の構成要件該当性の要件ではない⁴⁵⁾とし、以下のような事例を挙げる。

「Aが、Bに、他人の動産を他者から奪取しよう教唆した場合、Aは、Bが領得目的を有していなかったとしても、いずれにしても教唆者として処罰される。というのも、教唆の根拠は、ただ、構成要件、および正犯行為の客観的な不法だからである。この場合、A自身について、領得目的は要求されない。この場合の目的は、彼が教唆した犯行とは、何の関係もないからである。彼に領得目的があれば、彼の責任は増大するだろうが、両者のうちのどちらも領得目的で行為していない場合、現行法では、残念ながら、領得(利得)目的のない奪取は

42) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 143.

43) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 138f.

44) 不真正目的犯における目的とは、その目的となる対象自体は法律上害悪とはいえず、それゆえ違法性とは関係のないものであって、責任を加重あるいは減輕する要素に過ぎない[0]のものであるとされる。その例としては、ここで問題とされる領得目的の他に、婚姻の目的等が挙げられる。Leopold Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 38f.

45) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 138f.

そもそも可罰的ではないが、自説によれば、教唆者は処罰されるが、正犯者は処罰されない、ということになるだろう⁴⁶⁾。

このように、彼は、上述の身分なき道具の場合と同様、いわゆる目的のない故意ある道具を利用した場合について、間接正犯ではなく、教唆犯の成立を認める。彼のいう不真正目的犯の場合には、目的は責任要素であって、その存在は各人ごとに判断されるべきものであり、そして教唆が成立するためには、正犯行為が構成要件該当的で、客観的に不法なものでありさえすれば良く、目的の存否とは関係がないものとされるのである。ツィンマールは、このような帰結が生じることは、彼の説による問題ではなく、むしろ現行法の欠陥に起因するものであって、それゆえに、彼は法規を「他人の動産を奪取することによって、他者の財産に損害を与える者は、……処罰される。領得（利得）目的での犯行が生じた場合、処罰は……」といった文言に改めるよう提案し、これによって、各人の責任に応じた処罰をすることが可能になるとするのである。

このような、故意ある道具を利用した事例に関し、ライヒ裁判所は、1908年6月11日、以下のような事例において、間接正犯の成立を認めていた⁴⁷⁾。これは、他人の家の庭に赤いものが転がっているのを見つけた被告人Aが、これをゴムボールであると思って、妹にやろうとし、これを取るようBに依頼したという事例である。そしてBはその依頼にしたがって、その庭に侵入したが、ゴムボールだと思ったのは実際には木の球だったので、これをそこに放棄した、というものである。ライヒ裁判所は、ここで、Bは領得の目的を有しないがゆえに、故意ある道具にすぎず、Aが窃盗の間接正犯となる、としたのである。

46) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 139.

47) RGSt. 39, 37; Ernst Beling, Zur Lehre von der „Ausführung“ strafbarer Handlungen, ZStW28, 1908, S. 589ff. 大塚仁『間接正犯の研究』(1958)140頁以下参照。また、中止未遂の観点からの指摘については、金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について(二・完)」法学(東北大学)64巻(2000年)58頁、野澤充「中止犯論の歴史的展開(5・完)」立命館法学291号(2003)197頁註27参照。

裁判所は、「取り決めに基づいて、正犯者故意と全ての内部的な構成要件を見出される者が、全ての外部的な構成要件要素を、完全に知らされてはいるが、正犯者故意なく行為した、彼の道具である幫助者によって実現させたという意味での」間接正犯は法律上可能であるとしているものとされる⁴⁸⁾。

しかしながら、このように、故意ある道具を用いた背後者について間接正犯を認めることは、従来のように介在者を単に道具として把握し、あるいは結果に対する因果性を強調することなどによって間接正犯を基礎付けるとする立場からは困難であった。それゆえ例えばベーリングは、目的犯について、「ライヒ刑法典が領得するという意思という要件も置いている場合には、それはともかく『物を領得するという目的』を固持しているのであって、そしてそれと同時に、窃盗を、利己的な犯罪として特徴付けている」のだとする⁴⁹⁾。したがって、彼は、直接行為者が領得目的を有しないこの事例の場合には、結局、両者ともに窃盗罪を認めることはできず、直接行為者であるBには占有離脱物横領が、そして背後者であるAにはその幫助が認められるに過ぎないとしたのである⁵⁰⁾。これに対して、拡張的正犯論を主張する論者からは、むしろ、この場合の背後者には率直に窃盗罪の正犯が認められるべきものであると主張された⁵¹⁾。

しかしながらツィンマルは、このような故意ある道具の事例においても、上のように、領得目的を責任要素として、一身専属的なものと解することによって、直接行為者の目的の有無にはかかわりなく、背後者に窃盗の教唆犯の成立が認められるものとしたのである。

しかし、この自己領得目的を有しない直接行為者の問題について、1927年草案は、窃盗罪を「自己又は他人に領得させる目的で」と規定すること

48) Beling, a.a.O., S. 590.

49) Beling, a.a.O., S. 591f.

50) Beling, a.a.O., S. 600f.

51) この目的もしくは身分なき故意ある道具を利用する場合と拡張的正犯論との関係については、前章参照。

を選択した⁵²⁾。これに対してツィンマールは、利他的な目的と利己的な目的とはほとんど等値されうるものではなく、利他的な目的はむしろ責任減輕的に作用しうるものであると述べ、草案のような解決の仕方は、「ゴルディオンの結び目をたたき切る」ものであると批判している⁵³⁾。

しかしながらこのような不真正目的犯に対して、真正目的犯⁵⁴⁾の場合には、「この目的の内容は、構成要件に属する」ものであるとされる。ここで彼が、目的ではなく、その「内容」を構成要件に属するものであるとすることについては、以下のように述べられる。「つまり、目的それ自体が構成要件要素なのではなくて、それが向けられるもの、つまり、目的の客体が構成要件要素である。それによって、主観的構成要件は、客観的構成要件に還元される」⁵⁵⁾。

つまり、ここで彼は、真正目的犯の場合の目的の内容を、主観的要素としてではなく、客観的な要素として構成し、ゆえに構成要件の要素であるとするのである。したがって、彼の理論に依拠すれば、真正目的犯の場合には、「正犯行為は、少なくとも、拡張された構成要件の実現への客観的な傾向を示さなければならない」とされるが、「正犯行為者が当該目的を有しているかどうかはどうでも良い」ことになる。このようにして彼は、真正目的犯の場合には、目的の内容を客観化し、外部的なもの、すなわち構成要件の要素であるということによって、「共犯者にも責任を負わせるためには、その客観的な傾向を知っているということが要求される。正犯者にも当該主観的意図があるとみなされる、ということは必ずしも必要ではない」という帰結を導くのである⁵⁶⁾。

52) 1927年草案328条「自己または第三者に、物の領得によって不法に利益を得させる目的で、他者の動産を他者から奪取する者は、窃盗として、軽懲役を科す。未遂は処罰する」

53) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 140.

54) 目的の内容が、法秩序がそれに対峙しようとする害悪に属し、特定の不法類型の形成に関するものとされる。

55) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, S. 40. また、佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(1974) 139頁, 231頁以下参照。

56) 佐伯・前掲書233頁。

このようにして、「真正目的犯は、つまり、普通に構成された犯罪に対して、共犯論の領域にとつては、決して特殊性を示さない」、すなわち、この場合は、通常の共犯の従属性原則に従うこととなる。

彼はこのように目的犯を区分した上で、これは身分犯の場合と同様に理解されるとするのである。つまり、身分が本来的な構成要件に関するものである場合には、これが存在しない他の者に対しても、その効果が及ぶ。つまりこうした要素は、構成要件として客観化されているために共犯者にも帰属されるとするのである。

メツガーは、「外部的行為の利益(法益)侵害性は、その根底に、特定の精神的 content、傾向、目的などがある場合と、それらが無い場合とでは、全く別個のものとなる」⁵⁷⁾として、こうしたものを主観的違法要素と認めるが、これに対してツィンマーは、こうした要素はそれ自体で違法要素なのではなく、そうした行為の客観的な傾向が問題なのであるとして、これらをできる限り客観的なものとして把握し、表現犯以外では主観的違法要素を認めず、一般的に主観的違法要素を客観的なものに還元することによって、これが、他の者にも影響を及ぼすものであるとしたのである。

(3) オーストリアにおける客観的傾向

1 ベーリング体系の維持

オーストリアにおいては、このようなツィンマーの見解にみられるように、主観的違法要素を極力否定するという見解が支配的であった。というのも、ここでは、違法の実質というものが、法益の侵害またはその危険性とされ、そして主観的なものは責任に位置付けるべきものとされたことから、主観的違法要素も、その存在を認めないか、あるいは非常に限られた範囲にこれを限定しようとする傾向が存在したからである。ゆえにツィ

57) Edmund Metzger, Von Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926, S. 22.

ンマールは、真正目的犯の場合、構成要件実現への客観的傾向が問題なのであるとして、これを主観的要素として把握することを認めなかったのである。オーストリアではこのような傾向がその後も認められていくことになる。

そもそも上述のように、ドイツおよびオーストリアにおいては、ベーリング流の古典的犯罪体系を基盤とし、刑法理論が発展させられてきた。周知のように、ベーリングによれば、構成要件とは指導形象（Leitbild）であるとされ、これは犯罪の客観的・主観的両面に共通する指導観念で、本来客観面に由来するものであるから、心理的なものを含むことができない、したがって、主観的違法要素は認められない、ということが理論的に帰結される⁵⁸⁾。

このような体系においては、犯罪の客観的構成要件と主観的構成要件とが峻別され、前者は構成要件該当性および違法性のメルクマールの中に、後者は責任の中に見いだされるものとされ、これが犯罪体系論の前提となるものであるとされた。そして、多数の刑罰法規において要件とされている目的（Absicht）、動機（Motiv）、および傾向（Tendenz）等は、古典的体系によれば主観的要素であるとして、責任に位置付けられるものとされた。

しかしながらドイツ刑法においてはその後、主観的違法要素の承認、ヴェルツェルに代表される目的的行為論の影響等によって、このような、構成要件とは純粋な客観的形象の記述であるという、純粋な形でのベーリング体系は修正を受けることとなった。ゆえに、例えば、「我々ドイツの解釈学は、全ての客観的なものは違法性に属し、全ての主観的なものは責任に属するという意見によって支配されている。……しかし、学説及び判例を詳細に考察すれば、このような結論は疑わしいものであるように思わ

58) ただ、彼の遺稿によれば、主観的違法要素の存在を認めるとの見解に至っていた。

Beling, *Tie Lehre von Tatbestand*, 1930, S. 12ff. この点につき、佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（1974）235頁以下参照。

れる」⁵⁹⁾と述べられたように、従来のような、単純に違法は客観的なものとして構成されるという体系に、次第に疑問が提起されていくことになったのである⁶⁰⁾。

これとは対照的に、オーストリアでは、犯罪の本質を社会的に有害な外部的態度に見出す客観主義学派と、これに対し、行為者の社会的に有害な内心こそが犯罪にとって本質的なものとみる主観主義学派という対立軸が存在したにもかかわらず、この古典的な犯罪体系は、両学派に共通の基盤として維持されることとなったのである⁶¹⁾。

構成要件については、カデチカによって所為像(Tatbild)⁶²⁾の理論が採用されたが、これは、「外部的な、客観的側面上に置かれた法律上の犯罪類型の構成要素」のみを包括するものであるとされ⁶³⁾、また、違法とは、外界の構成要素のみを把握するものであって、客観的、外部的なものであり、外界に現れた法益侵害における反価値という「客観的特徴」を有するもののみが犯罪の本質を決定し、かつそれが唯一の尺度となるものとされた⁶⁴⁾。したがって、目的、傾向といった内心の領域に存在するものは、不法の領域では所為の外部的現象と結び付けられず、考慮されないこととなった。

59) Hans Kápernick, Die Akzessorität der Teilnahme und die sog. mittelbare Täterschaft, 1932, S. 75.

60) ゆえにケーパーニックは、主観的違法要素論を妥当とするだけでなく、故意・過失も主観的違法要素であるとする。

61) 振律隆行『刑事不法論の展開』(2004)37頁以下参照。

62) この用語はその後、判例および草案、そして現行刑法においても用いられているものである。

63) Ferdinand Kadečka, Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW Bd. 59, 1940, S. 3ff. 振律教授によれば、「この『所為像』の構想は、訴訟法的思考から生じたものであるとモースやシックが指摘している点は興味深い」。彼らによれば、ベーリング体系への信奉に対する理由として、「元来的な訴訟上の構成要件の構想は、純客観的構成要件および違法論を引き出すものである。すなわち訴訟法的な犯罪構成体系からは『主観的』=『内心的』、『客観的』=『外部的』という区別を容易に引き出しうる……」という点が指摘されている。振律隆行『刑事不法論の展開』(2004)39頁以下、51頁参照。

64) vgl. Theodor Rittler, Subjektivismus und Objektivismus im Strafrecht, JBl 1955, S. 485ff.

つまり、違法の中に主観的な要素を持ち込むことは妥当ではなく、「ここでは実質の意味における違法性を法益侵害と理解し、そしてそれゆえ、行為の社会侵害性を決定的なものと考えているということが特徴的なのである。財（Güter）の侵害は、常に外部的に知覚可能なモメントにおいてのみ存しうるものとされ、それゆえに、『客観的なもの』が『外部的なもの』と同一視」されたのであった⁶⁵⁾。この違法に対する客観的な把握という点では「ドイツとは対照的に、主観主義と客観主義は完全に一致していた」とされたのである。

例えば、主観主義者であるノヴァコフスキーは、「ある行為は、それが法益を侵害することでのみ常に違法なのである」⁶⁶⁾として以下のように述べる。

「立法者が主観的の事情を、違法性の徴表として評価するということは、概念的には考えられるだろう。それを認めるかどうかは、実定法の問題である。だが、そのような方法は、おそらくほとんど満足され得ないだろう。実際、それは、現行法には馴染まないものである」⁶⁷⁾として、目的犯の場合の目的を違法に位置付けることを否定する。

彼はさらに、主観的違法要素をもつと主張される犯罪について検討する。

「第一に、形式的な既遂が……保護客体の侵害を、そもそも引き起こさないか、あるいは完全には引き起こさないという目的犯のグループでは、正犯者の目的は、結果に向けられている。ここでは、主観的要素は完全に客観化されている。既にツィンマーが立証したように、この事例は未遂のそれに対応する。その場合と同様、ここでは違法なのは意欲ではなく、意欲されたことなのである」。

そして、「正犯者の意思は、何らかの違法なものに向けられており、そ

65) Hans-Heinrich Jescheck, ZStW Bd. 73, 1961, S. 198.

66) Friedrich Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, S.52

67) Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW Bd 63, 1951, S.315f.

してそれゆえ、有責的なのである。しかし、それは違法ではない」として、意思それ自体が違法要素であることを認めない。彼は、このように、目的それ自体ではなく、その内容が違法なのであって、ゆえに客観的なものである、と構成するツィンマールと同様の思考に立つ。そしてさらに、以下のように述べる。

「客観的未遂論は、事象の違法性を、態度の外部的性質に結び付けている。そのような説明が目的犯に対しても主張されうるかどうかは、まったくもって疑わしい。法規は、これに対しては何らの根拠も提供しない。それはただ、内容的に特定の目的の活動を要求するだけである。そこで、ここでは、主観説によって、未遂に対しても妥当するとされる解決が回避できないものであるとされるだろう。この犯罪は、違法ではないが、ただ有責的である。しかし、責任は、内容的には何らかの違法なことを志向している。これについては、それを実現した、ということは要求されない。そのような構成が解釈学的に一貫して満足できるものであるということは……もはや疑いのないものとされている。目的犯も未遂も、主観的不法要素の受容を強いるものではないのである」⁶⁸⁾。

このような理論付けによって、彼は、主観的違法要素の存在を拒絶すると同時に、有責ではあるが、違法ではない行為を可罰的とする「不法なき責任」というものを認めるのである。これは、例えば、特に不能未遂の場合に客観的に対応する違法が存在しない場合、責任非難は行為に対する行為者の内部的関係に対する評価で十分であるとして、不法の挙行に至ることなくして、未遂の可罰性を理論付けようとするものである⁶⁹⁾。

68) Friedrich Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW Bd 63, 1951, S.315f.

69) これは、カデチカやゲミンゲンにしたがったものである。カデチカは「可罰的行為は、場合によっては、構成要件該格的で違法かつ有責な行為ではなく、ある構成要件実現に関する責任ある行為である」とする。これについては、振律隆行『刑事不法論の研究』1996、9頁以下、および「シンポジウム・オーストリア刑事法の現状と課題」関大ノモス第7号(1996)19頁以下参照。

このようにして、彼はあくまで違法を客観的、外部的なものとして認めるがゆえに、「不法なき責任」という特異な構成の採用に至る。このような彼の説には、違法の客観的な把握としての極端な形が現れているのである。

2 客観的構成の限界

このように、「オーストリアでは厳格に客観的に理解されたベーリングの不法概念は、ドイツよりも長く維持された」⁷⁰⁾ではあったが、次第にその限界が明らかになってくるに至った。例えば、所為像については、リットラー等によって、規範的構成要件要素が承認され⁷¹⁾、また、ツインマールやリットラーのような客観主義者等によって、所為像が不法類型として構成されることによって、次第に、これはただ外部的に知覚可能な出来事の没価値的な記述としては理解されなくなってきたのである。

トゥリフテラーによれば、「この体系の最初の崩壊は、主観的不法要素をバラバラに認めたことに関連して生じた」⁷²⁾とされる。つまり、ツインマールによって挙げられた、見習工が引き出しを開けた際に、製図用紙を取り出そうとしたのか、あるいは親方の財布を取ろうとしたのか、という事例のように、当該行為者の意思を考慮することなくその行為の違法性は決定できないというような場合が存在することが意識されるようになっていったのである。したがって例えば、マラニウクは、主観的構成要件要素を否定する従来の立場に反し、その者が目的犯において、行使の目的、領得目的といったものが、単に客観的要素だけではなく、主観的要素にも依拠すべきであるという見解を主張するに至ったのであ

70) Friedrich Nowakowski, Wiener Kommentar, 20. Lieferung §§ 3-5 StGB, 1984, Vorbem. Rz. 12.

71) Theodor Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1954, S. 92.

72) Otto Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 1985, S. 5. また、この紹介として、金子正昭「オーストリア犯罪論」第一経大論集第25巻第3・4合併号（1996）77頁以下がある。

る⁷³⁾。さらに、客観主義を出発点としたザイラー⁷⁴⁾やブルクシュタラー⁷⁵⁾も、主観的違法要素を肯定する見解を主張している。

そして、主観主義派の中心論者であり、違法を客観的なものとして把握することに固執していたノヴァコフスキーも、「故意を終局的に不法に位置付けるべく決定しなければならない」⁷⁶⁾として、違法の中に主観的な要素を認めないという立場を変えて、従来の立場を放棄することを表明したのである。彼はここで、「刑法規範が法益を人間の態度の作用から保護すべきものであるなら、……違法性判断は有意義的に法益に有害たりうる何らかのことをなす、という決意に、まさに関係付けられるべきである」として、主観的構成要件要素および違法要素を認め、「故意を不法に位置付ける」ことによって、内面的なものをすべて責任段階に位置付けるとした従来の体系を放棄し、ドイツ刑法学的な人的不法論に従うこととしたのである⁷⁷⁾。現在では、学説上故意を主観的違法要素とする見解が一般に普及しているとされる⁷⁸⁾。

このようにして、オーストリアの犯罪体系においても、結局、純粋なベーリング体系が維持されなくなり、ドイツのような目的的行為論は支配的とはならなかったものの、ノヴァコフスキーの改説にも見られるように、「目的的行為論によって基礎付けられた不法論は、その本質において一般的に受容された」⁷⁹⁾のである。

73) Wilhelm Malaniuk, Das Strafgesetzbuch und seine Reform, Juristische Blätter 75. Jahrgang, 1953, S. 224.

74) 行為反価値の意義を重視する。Seiler, Die Bedeutung des Handekungsunwertes im Verkehrsstrafrecht, Maurach Festschrift, 1972, S. 75ff.

75) 故意を主観的違法要素ならびに主観的正当化要素として肯定する。Manfred Burkstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974, S. 29, 175.

76) 故意を不法と責任の両面に位置付ける。Nowakowski, Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 113.

77) Nowakowski, Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 8.

78) Nowakowski, Wiener Kommentar, 20. Lieferung §§ 3-5 StGB, 1984, Vorbem. Rz. 11, 12.

79) 前掲・関大ノモス16頁。

このような学説における展開が、立法に与えた影響はどのようなものだったのだろうか。以下では、オーストリアの現行規定に至る過程について考察することとする。

第二節 現行オーストリア刑法典

(1) 立 法

1) 各 草 案

上述のように1852年旧オーストリア刑法典については当初より改正の必要性が主張され、それゆえ、様々な草案が提案されていたのであるが、種々の障害によって、實際上、立法化されるには至らなかった。しかしながら、第二次世界戦後、1954年6月2日の国民議会において、刑法の全面改正が必要であるとの決議案が全会一致で可決され、それに沿って当時の司法大臣が刑法草案起草委員会を召集、翌年1月から、本格的に刑法改正の作業が開始された⁸⁰⁾。「確かに、刑法は1852年以来、多数の改正と特別法によって発展してきた。とりわけ判例は、刑法典を、その文言を超えて、さらに形成し、特に、しばしばその高い法定刑を、特別な刑の減輕を思い切って適用することによって、可能な限り修正して来た。しかしながら、法規の文言と存在している刑法との間の緊張は、法治国家における法規の任務と一致しうる以上に大きくなってしまった、ということになっていたのである」⁸¹⁾。

このような背景に基づいて、刑法起草委員会が召集され、カデチカやリットラーらがその主要メンバーとして参加した。この委員会では1955年から会議が開催され、1960年11月に第一読会草案の作成が終了した。さらに1962年の第二読会において、前の草案が修正され、委員会としての最終案が完成することとなった。これが、1962年草案である。

80) Regierungsvorlage eines Strafgrsetzbuches, samt Erläuterungen, Wien 1971, S. 51ff. 法務省刑事局『1962年オーストリア刑法草案』(1964)1頁以下参照。

81) Regierungsvorlage eines Strafgrsetzbuches, samt Erläuterungen, Wien 1971, S. 54.

1 1962年草案⁸²⁾

11条(全ての関与者の正犯としての取り扱い)

法規の法定刑は、直接的正犯者に対して効果を有するだけでなく、所為を実行するよう他者を規定し、または他人を規定しようとし、またはその他遂行のために協力した各人に対しても、効力を有する。

12条(関与者の独自の可罰性)

1項「数人が所為に関与したときは、各人はその者の責任に従って処罰される」

2項「関与者の一人が錯誤、帰責無能力を理由として、あるいはその他の理由により責任なく行為し、または同一の法規の上では責任なく行為したことは、他の者についてはこれを考慮しない」

13条(所為の不法に関わる行為者の資格)

1項「法規が、可罰性、不処罰性、または刑の量を、所為の不法内容に関係する行為者の一身的な特別の資格または事情に依存させたときは、関与者のうち一人だけがこのような資格または関係によって特徴付けられているに過ぎないとしても、この規定は、全ての関与者にこれを適用するものとする」

2項「ただし、所為の不法内容が、直接の行為者に一身的な特別の資格または関係が存在するか否かに依存しているときは、この規定は、そのような事態の存在する場合に限り、これを適用するものとする」

14条(行為者の責任にのみ関係する行為者の資格)

「法規が、可罰性、不処罰性、または刑の量を、もっぱら行為者の責任に関係する一身的な特別の資格または事情に依存させたときは、この規定は、そのような資格または事情の存在する関与者に対してのみこれを適用するものとする」

82) 訳については、法務省刑事局『1962年オーストリア刑法草案』(1964)も参照した。

この段階で、既に、今日の規定の原型が見出される。上述のように、旧刑法5条の解釈については、統一的正犯体系を定めたものか、あるいは共犯体系を採用したのものかについて争いがあった。しかしながら、この草案の作成には、カデチカおよびノヴァコフスキーが大きな影響を及ぼし、ゆえに、ここでは各関与者が正犯として取り扱われるものとして統一的正犯が採用されたとしたのである。

身分犯の規定については、第13条および14条として別々にされている。そして、各条で現在の「不法・責任」身分という区分が用いられている。このような理解は、上述のツインマールの主張にみられるような、不法に関する要素である限りは、共犯者にも帰属されるが、責任は個別化すべきである、という考えに依拠するものである。これは上述のように、不法とは客観的なものであり、ゆえにすべての関与者にとって等しいものであるから、他の関与者にも帰属すべきとされるのである。

また、これは同時に、共犯成立には関与者のうちの一人に当該身分が存在すれば良いとして、正犯なき共犯を認めた27年草案およびリットラーの見解を想起させる。そもそも、リットラーは、身分のない、あるいは目的のない故意ある道具を利用した場合の背後者に間接正犯ではなく、共犯の成立を認めるべきであるとして、このような解釈を主張したのであったが、「その身分が広い意味での行為者のうちの誰かに、つまり、場合によっては教唆者あるいは幫助者に存在していることで充分なのである」との主張は、オーストリア刑法学において特徴的であった不法の客観的把握、そして彼自身は否定していた統一的正犯体系と相俟って、このような形で認められることとなったのである。

2 1971年草案理由書

その後の1971年政府草案においても、11条が12条に、12条が13条に、そして13、14条は14条という同じ条文の中の1項及び2項として規定された。ただこの際に、13条の2項に規定されていた「所為の不法内容が、直接の行為者に一身的な特別の資格または関係が存在するか否かに依存している

ときは、この規定は、そのような事態の存在する場合に限り、これを適用するものとする」との規定が削除されている。他の内容は同じである。

理由書⁸³⁾によれば、12,13,14の各条は、ある犯行への複数人の共働を取り扱うものであるが、その場合、立法者には「全ての関与形式を等しく取り扱う」という統一的正犯体系と、関与形式を「正当に異なって取り扱い、特に、異なる刑罰威嚇を規定する」という、いわゆる共犯体系との、二種類の可能性があるが、(当時の)現行法では第一の解決が基礎とされている⁸⁴⁾。そして、新しい12条は、統一的正犯体系を採用するものであるとする。

さらに、13条については、内容的に、現行法5条2項に相当するものであって、責任の独立性を定めたものであるとされる。特に、他者を犯行に規定し、あるいはその他その実行に寄与した者の責任は、直接実行者が故意に或は有責的に行為した、ということには条件づけられ得ず、同じことは、実行者が、なるほど故意で有責的にはあるが、他の犯罪類型の意味で行為した場合にも当てはまるとする。

そして、14条については、「行為者の特別の特質が、犯行の行為に影響するのではなくて、その責任にのみ影響する場合」については、既に13条から、その他の関与者は、それに対して責任を負う必要は無いことは明らかであり、それは現行法でもそうであるが、ここではさらにこのルールを、「14条2項の規定によって、身分犯に対して、明確にそして普遍妥当的に規定した」ものであるとする。

したがって、もっぱら責任に関係する一身的資格または関係は、その身上にそれが存在する関与者についてのみ考慮されるが、逆に、「行為形

83) Auszug aus den Erklärungen zur Regierungsvorlage 1971 samt Bericht des Justizausschusses, Dokumentation zum Strafgesetzbuch, 1974, S. 66.

84) ただ、通説及び判例によれば、これには例外もあり、単なる教唆の未遂は、不処罰とされるし、また、他者を犯行の実行の際に支援した者は、その実行が少なくとも未遂ではない、あるいは、実行の際の意図された支援が効果のないものであった場合には、可罰的とはされない、と述べられている。

象が犯行主体について要件としている特別の資格或は関係が、責任だけではなく、犯行の不法にも影響する場合、それは、それに関与した者の各人に影響を及ぼす」ことになる。

このような関与者のうちの誰かに身分が存在すれば良いとする発想は、共犯体系を前提としていた点で相違はあるものの、上でも述べたように27年草案およびリッターの見解に見出されるものである。しかしながら、各人を正犯として把握する統一的正犯を採用することと、身分者の不法が他の関与者に影響を及ぼすということとの整合性は、「資格のある者の共働によって決定される不法は、犯行によって実現される。12条の意味でその犯行に関与した者は、それに対して因果的に寄与したからである」として説明される。つまり、非身分者も、身分者によって生じた結果に対して因果性を有する以上、これに関与したのであって、その不法が帰属されるものとしたのである。

また、この条文にいう区分について、ある犯罪類型において、その資格が、不法に関係するのか、あるいはもっぱら責任にのみ関係するのかは、その都度、解釈によって追求されなければならない問題であるが、例えば、嬰兒殺の場合の主体資格が責任にのみ影響し、これに対して、「職業上の秘密の侵害、背任、近親相姦、権限濫用、及び公務員の権力の濫用の場合の行為者資格が、犯行の不法内容を決定し、あるいは共同決定する、ということとは疑念の余地がない」ものであると述べられている。

また、「行為形象該当的な不法は、既に、関与者のうちの一人が、行為主体としての資格を示している、ということによって、常に作り上げられるわけではない。時には、その資格のある者が、犯行に一定の方法で関与したことが重要」な事例として、自手犯の場合を挙げている。

ドイツのような構成的・加減的という区分については、犯行主体の資格が、犯行の可罰性に対して必要な要件（本来的な身分犯 *eigentliche Sonderdelikt*）であるのか、その他の可罰的な態度の可罰性を、もっぱら、加重或は減輕（本来的ではない身分犯 *uneigentliche Sonderdelikt*）である

のか、その他可罰的な態度を不処罰としているのかということ、それが身分の無い関与者に影響を及ぼすのか否か、どの程度影響を及ぼすのか、ということには影響をまったく及ぼし得ない、として、これに依拠しないことを明らかにしている。

そして、14条1項の場合、身分犯の法定刑は、全ての関与者に適用され得るとする。

「例えば、公務員犯罪の場合の公務員、あるいは、秘密漏洩の際の職業上の守秘義務者のような資格は、しばしば、その犯行に関与した、資格の無い者よりも、当罰性が高い」ということは認められるが、「にもかかわらず、個別の法定刑を規定する、ということは推奨出来ない。法律上の法定刑は、十分な裁量の余地を提供しているのである。事物の本性に従えば、もっぱら、量刑事由のみが問題なのである」として、身分がない者に対しては、量刑上の問題として、それを斟酌しうるものとしている。この点、ブラッツグンマーは非身分者に身分が欠けることを、刑法34条1項の減輕事由の中に拾い上げるべきであると主張したが⁸⁵⁾、立法者は法律上の規定としてこれを認めることはなかった。

2) 現行規定

このような草案を経て、1974年、現行オーストリア刑法典が成立することとなった⁸⁶⁾。

第12条 全関与者の正犯としての取り扱い

「直接的正犯者のみならず、所為を実行するよう他人を規定し、又

85) Winfried Platzgummer, Die „Allgemeinen Bestimmungen“ des Strafgesetzentwurfes im Licht der neueren Strafrechtsgdogmatik, Juristische Blätter 1971, S. 236ff. しかしながら、立法者らは、これを否定した。

86) 現行オーストリア刑法典における身分犯の問題を扱ったものとして、十河太郎「オーストリア刑法における共犯と身分」愛媛法学会法文学部論集・総合政策学科編第16号(2004)69頁以下。

はその他所為の実行に加功した各人も、可罰的行為をなした者である」

第13条 関与者の独立した可罰性

「数人が所為に関与したときは、そのうちの各人は、その者の責任に従って処罰する」

第14条 正犯者の資格および関係

1項「法規が、可罰性または刑の量を所為の不法に関係する行為者の一身の資格または関係に依存させているとき、この資格または関係が関与者のうちの一人に存在する場合には、この法規を全関与者に適用する。但し、所為の不法が特別の一身の資格または関係を有する者の直接的実行またはその他一定の態様における加功に依存するときは、この条件が満たされることを要する」

2項「これに反して、特別の一身の資格または関係が、もっぱら責任にのみ関係する場合には、この法規は、この資格または関係を有する関与者にのみ適用される」

この12条は、各人が正犯であるとしながらも、その中で直接的正犯者、規定正犯者、寄与正犯者という区分を認める、いわゆる機能的統一的正犯体系を採用したものであるとされている⁸⁷⁾。

そして、身分犯については草案と同じく14条に規定された。これは、その1項で、違法に関係する事情であれば身分のない者にも連带的に作用するが、他方で、2項において、責任に関係する事情であれば、それを有する者についてのみ効果を持つ、という、いわゆる、違法・責任身分という区分を設けたものである⁸⁸⁾。

87) この区分によって、実際上の法律上の効果に差異を設けるものではない、と説明がされてはいるが、実際上は、例えば未遂の場合において、各形態は区別して取り扱われている。

88) ただし、フックスによれば、実際上、2項が適用されるのは不真正身分犯であると指摘される。これは彼によると、責任身分の範囲を広く認めると、処罰の間隙を生じるがゆえと説明される。

(2) 学説の展開

以下では、このような74年刑法典に対する学説の理解はどのようなものであったのかについて、考察する。

1) ノヴァコフスキーの見解

ノヴァコフスキーは、身分犯への関与の問題について、自身の論文⁸⁹⁾において解説しており、これが現在の14条の解釈の指針とされているため、ここで詳しく取り上げる⁹⁰⁾。

彼は、このオーストリア刑法典においては統一的正犯体系が採用されているとした上で、身分犯の場合に、身分者のみが正犯者たりうる、ということとは最初から排除されているとする。

「リットラーのように、正犯性を、原則的に実行行為と結びつける場合、この基準を身分犯に対しては放棄するか、あるいは、正犯と共犯の間の実質的な区分とは調和しないような、作為的な構成を選択しなければならない」

というのも、身分犯の場合には、行為支配のみを正犯の基準とすることが出来ず、「別の基準を採用しなければならない。というのも、身分者は、犯行の支配者である必要は無いからである（例えば、脅迫の影響下で行った場合）。例えば、ロクシンは、『義務犯』の像を『特別義務侵害』という正犯性の基準でもって形成する」として、直接的に犯行を実行したという点よりもむしろ、義務違反性といった、異なる考慮が必要とされると指摘する。

「例えば、過失的な計画倒産（旧刑法486条、現159条）のような、過失による身分犯について……身分犯の正犯者はただ身分者のみとなり得るということに固執しようとするれば、刑事政策的に満足出来ない可罰性の間隙

89) Friedrich Nowakowski, Die Sonderdelikte, beurteilt nach ihrer Begehbarkeit durch Extranei, Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981 (Zum neuen Strafrecht, Referate zum Besonderen Teil des neuen Strafgesetzbuches, gehalten bei der Richterwoche, Wien 1974, S. 147-161) S. 161.

90) Fabrizy, Wiener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 11. Lieferung §§ 12-14, 2000, S. 38.

に至るか、OGH がしたように、過失の犯行の場合にも、教唆と幫助を問題とすることにならざるを得ない⁹¹⁾ ことになってしまうのである。

また、彼は、ドイツ刑法28条1項、スイス刑法26条でも規定されている構成的身分犯・加減的身分犯という区分形式については、説得力のあるものではなく、理論的には、ほとんど根拠付けされ得ないとし、このような解決は、「非身分者の不処罰という不満足な結論を回避する為の、身分犯からの負責のいわば代役として受け入れられている、という印象を喚起する」ものであるとする。さらに、「ドイツ連邦共和国の立法者が、身分の無い関与者に対する法定刑の下限を1968年に下げた、ということは、こうした印象を強調するものである。この解決が疑わしいということは、思考の遊戯によって明確に示され得る。立法者が加減的身分犯を構成的身分犯にする場合、つまり、一般的な刑罰威嚇を廃止する場合、これは、一般的な手法によれば、従来は一般的な犯罪によって、低い程度に処罰されていた非身分者が、身分犯の加重された刑罰の下に置かれる、という結論になるだろう⁹²⁾ とし、このような、構成的身分犯、加減的身分犯との区分によっては妥当な解決は得られないとする。

そして、むしろ、オーストリアの新たな規定のような方向が望ましいとする。これは、ドイツ等の規定が文言上その適用範囲が明らかであることと比較すれば、「適用が困難とされ得る」ものであるが、オーストリアのような規定の場合には、各則を解釈することによってその適用範囲が明らかとなる。そして、「14条1項の事例と、14条2項の事例との間の区分にとって……不法に属するのは、行為の社会違反性、保護法益に対する危険性、保護された利益の侵害の方法と規模に関するものであり、責任に属するのは、行為において心情なく行為した行為者の、そして法的に保護された価値との結びつきが欠ける行為者の一身的な答責性に関するものであ

91) Nowakowski, Die Sonderdelikte, beurteilt nach ihrer Begehbarkeit durch Extranei, S. 147ff.

92) Nowakowski, Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 161ff.

る」と、現在の解釈の指導的原理となっている見解を示すのである。

また、彼は、14条第1項2文の規定についても述べ⁹³⁾、これにはまず自首犯が挙げられるとし、近親相姦や偽証の犯罪成立にとっては、そうした身分を有する者が直接に実行しなければならないとする。

さらに、「法益侵害が、資格のある者が犯行に故意で関与した、ということに左右される」事例についてもこれによって把握されるものとする。例えば、公務員の職権濫用罪や、背任罪といった犯罪については、権限を有する者が故意的に行為したことが必要であり、故意が行為の不法とって本質的であると考えられる。そのために、彼は以下のように述べる。

「関与者は、身分者が故意無く行為したとしても、それについて答責的とされねばならない」とする見解があるが、これに対しては「公権力の濫用、および虚偽証言の不法は、それぞれ、主観的な成分を内容としている。『濫用』は、言葉の上だけではなくて、その実質的な内容からも故意による誤った利用なのである」とする。ノヴァコフスキーによれば、「錯誤に基づいて不適切に決定する公務員は、彼の権力を『濫用』しているのではない。彼は、刑罰が意図している信頼違反を犯したのではない⁹⁴⁾」とされるのである。このことは、例えば、善意で不正確なことを示した証人の事例についても妥当するとし、「証人の尋問を提案した場合に、彼自身が誤って記憶していることについて知っているということと何等変わらないことをした者は、当罰的ではない。それゆえ、292条は、事実に関する偽罔による誘致の事例への刑罰を制限するのである」と述べる。つまり、こうした事例においては「類型に合致する不法が形成されるためには、身分者が、一定の方法で、つまり故意で、共働しなければならない」というのである。これは背任や権力関係の濫用等の事例についても妥当するものとされる。

このように、ノヴァコフスキーは、統一的正犯体系が採用されているとしながらも、背任や権限濫用といった義務犯とされる犯罪の場合には、そ

93) Nowakowski, Perspektiven, S. 175f.

94) Nowakowski, Perspektiven, S. 176.

うした身分のある者が故意で共働したことが、他の者の処罰にとって必要であるとする。これは、彼がかつて故意を責任の段階の問題としてのみ捉え、ゆえにこのような主観的要素は、違法の段階では問題とされなかったことからすると、著しい転換である。

2) 統一的正犯体系の修正

このようなノヴァコフスキーの義務犯に対する思考は、「正犯性を基礎付ける行為反価値を、客観的な義務違反にまで縮小することは、一般的な賛同を得ることが出来ない。なぜなら、構成要件上の義務違反は、一つには、まず、その者に故意があることによって、決定的なアクセントを保持しているのであり、また一つには、さらに、各共働によっては実現されえない、特別の行為態様に結び付けられ得るからである。それゆえ、身分犯の場合にも故意の正犯行為を放棄することは出来ない⁹⁵⁾」という考えと一致するものである。結局、関与者の処罰は相互に独立しているとする規定も、このような点において「従属性思考を考慮せずには理解できない⁹⁶⁾」ものなのである。

このような理解によれば、14条は、統一的正犯体系を前提とはしながらも、この原理を實際上、修正するものである。ゆえに、レーダーは、この条文は統一的正犯に反するものであって、削除すべきであると主張したのであった⁹⁷⁾。

このように、義務犯とされる犯罪について、義務者の故意を不法にとって決定的であるとする点については、例えば、職務上の虚偽文書及び証書(オーストリア刑法311条)の場合に、不法が、身分者の側の特別の信任関係の破壊によって共に決定される、という点に見いだされる⁹⁸⁾。したがって、「義務侵害の故意性は、構成要件的不法に対して決定的な点を備

95) René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 165.

96) Bloy, Die Beteiligungsform, S. 169.

97) Hermann Roeder, Unbegriff des „extranen“ Täters und der „eigenhändigen“ Delikt (zu § 14 Abs. 1 StGB), JBl 1975, S. 572.

98) Foregger/Serini, Strafgesetzbuch 2. Aufl., 1978, 14 § Anm. II.

えているために、全ての特別義務犯に対して妥当しなければならない」とされる。

しかしながら、このように理解されるなら「この規定は、全ての統一的正犯の構想を実務上、軸から外すことになり、そして身分犯に対しては、ブルクシュターが全く一般的にオーストリアの刑法典に読み取ろうとしているように、正犯と共犯を区分する体系という結果になるだろう」⁹⁹⁾とプロイは指摘する。しかしながら、これはオーストリア現行法の立場とは一致しない。このように、一方では統一的正犯、他方では従属性が問題となるような状況が生じることは、プロイによれば、「不法概念に対する行為反価値の意味の問題が、正犯理論における議論の前進を妨げている」ものであると指摘されている。つまり、義務犯の事例では、身分者が故意で犯行を遂行したことが不法にとって決定的であるにもかかわらず、違法は客観的なものであるとして、全関与者にこれが同じく妥当するとすることで、その点を看過しているとするのである。

いずれにしても、オーストリアにおいては、表向き、統一的正犯体系が前提とされているとはされながらも、このような事例では、「『正犯』という不当なレッテルの下で、まさに古典的な共犯規定を創設している」¹⁰⁰⁾状況が生じているのである。

ゆえに、レーダーは、自身では義務者的地位にない非身分者は、彼がそれに共働したとしても、決して義務侵害の正犯ではあり得ず、そのような共働は、少なくとも身分者による義務侵害とは異なって取り扱われなければならないとする¹⁰¹⁾。

2) 身分犯と各関与形式

また、14条については、身分者のみが身分犯の直接的正犯たりうるのか、すなわち、非身分者については、規定正犯ないしは寄与正犯の形式のみが

99) Bloy, Die Beteiligungsform, S. 171.

100) Bloy, Die Beteiligungsform, S. 170.

101) Roeder, JBl 1975, S. 561.

問題とされるのか、という問いがなされる。これに対しては、例えばブルクシュタラーは、身分犯は原則的には、自手犯を度外視すれば非身分者によっても直接的に遂行されるが、彼には要求されている正犯者資格が欠けるために、非身分者は規定上のあらゆる構成要件を実現できる訳ではないとし、フックスやシルトも、身分者の直接的正犯は不可能であるとする¹⁰²⁾。マイヤーホーファーによれば、非身分者は、決して直接正犯者ではあり得ないが、他方で身分者は、彼が実行行為を設定していなくとも、常に直接的正犯者となる、とされる¹⁰³⁾。

「しかしながら14条の文言は、身分者のみが身分犯の直接的正犯者たりうるということは述べていないし、またそのような限定は、立法者によっては明らかに意図もされなかったので……直接的正犯の概念は、14条によっては身分犯との関連では何等の変更も経験しない」ために、「犯行を直接的に実行した非身分者も、身分犯の直接正犯となり得る」ものであるとされる¹⁰⁴⁾。

関与者がいずれの関与形式に包摂されるかということは、オーストリア刑事訴訟法281条1項10号との関係で問題となる¹⁰⁵⁾。これは、関与形式を

102) vgl. Wiener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. §§ 12-14, 2000, Rn. 7.

103) Christian Mayerhofer, Keine Mitschuld des Gläubigers an der Krida des Schuldners, ÖJZ, 1989, S. 238ff.

104) vgl. Wiener Kommentar, 2. Aufl. §§ 12-14, Rz. 8.

105) 関連する条文を以下に掲げる。

第280条「第一審裁判所の判決に対しては、無効抗告と控訴のみを行うことができる。無効抗告は最上級裁判所で行い、控訴は第二審裁判所で行う」

第281条「(1)無効抗告は、無罪判決に対しては被告人の不利益にのみ、有罪判決に対しては被告人に利益にも不利益にも、行うことができる。但し無効抗告は、特別の法律規定によっても、他の場合においては許されていない限りで、次の各号に掲げる無効理由の一つを理由としてのみ、行うことができる。

10 不正な法律解釈の結果、決定の基礎となっている所為に対し、適用されるべきでない刑罰法規が適用された場合

訳については、横山潔訳「1975年オーストリア刑事訴訟法典（その3）」外国の立法25巻第2号（1986）101頁以下も参照した。

誤って適用した場合に、無効抗告(Nichtigkeitsbeschwerde)を主張する可能性が存在するからである¹⁰⁶⁾。

(3) 判 例

では、實際上、身分犯に複数人が関与した場合についてはどのように処理されていたのだろうか。以下では、この事例に関する判例の展開について検討する¹⁰⁷⁾。

エンゲートによれば、「OGHは、質的な従属性の要件を、今や、明白に否定している。規定正犯は、規定された者が故意なく、単に過失で、責任なく、身分なくあるいは合法的に行為した場合にも、想定され得る」とされている¹⁰⁸⁾。つまり、ドイツにおいて共犯成立の前提とされる、正犯の故意といった要件は、オーストリアでは必要とはされない。なぜなら、各人がそれぞれ独立した正犯者であるから、というのがその理由である。したがって、具体的に問題となった身分犯への関与の事例としては、以下のようなものが挙げられる。

1) 14条2項に関する判例

いわゆる責任関係の要素の事例である。この条文が適用される事例として、「判例は……わずかな刑罰構成要件しか承認しておらず、その結果、この規範の適用範囲は、非常に限られている」¹⁰⁹⁾とされる。これが適用された具体的な事件としては、以下のようなものがある。

1 被告人Aは、彼の共同被告人である妻のBに、繰り返し、強力に、

106) ただ、この主張が容れられる可能性は低い。というのも、いずれの正犯形式も法定刑は同一であって、実際上の帰結に相違がないとされるからである。

107) Engertは、OGHは当初、統一的正犯的思考か、従属的な思考に依拠するかで揺らいでいたが、80年代中盤以降に統一的正犯的な思考に依拠することが確立したのだとしている。Florian Engert, Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer?, 2005, S. 32.

108) Engert, aa.O., S. 35.

109) Engert, aa.O., S. 118.

自分たちの子供を出生の際に殺すことを薦めた。彼の要求に従って、Aは、新生児を、出産直後に、水で満たされたバケツに入れ、それに蓋をした。オーストリア最高裁判所は、刑法79条の嬰兒殺によるBの有罪、および、Aには、75条と12条の第2段による規定正犯での謀殺の有罪を認めた。出産者についてのみ存在し得る、『出産のプロセスの影響の下』という特権的な要素は、OGHの見解によれば、もっぱら、犯行の責任にのみ関わるのであって、不法には関わらない。なぜなら、このオーストリア79条は、出産した母親の精神的な非常事態を把握するものだからである。それゆえ、オーストリア14条第2項に従い、Bのみが79条によって処罰されたのである¹¹⁰⁾。

この嬰兒殺の事例は、新刑法制定時にも責任身分の事例として挙げられているものであって、その適用は明確であったといえる。この他にも以下のような事例が存在する。

2 Bは、彼女との同棲を解消するという、度重なる脅しによって、自分の彼女であるSに、一般的に明白な激しい興奮状態の中で、思わず、数ヶ月にしかならない子供を窒息によって殺害するよう規定した。Sは刑法76条の故殺の直接的正犯として責任を問われたが、他方でOGHは、Bを、刑法75条、12条第2段で、謀殺への規定正犯者とみなした。なぜなら、オーストリア76条で挙げられている特権的な、もっぱら責任にのみかわる、『一般的に明白な激しい興奮状態』という要素は、もっぱらSについてのみ提案されるのであって、Bについてはそうではない、とされたからである¹¹¹⁾。

さらに、犯罪の『営業的遂行』も、判例によれば、責任に関係する要素に分類されている。

3 OGHは、オーストリア金融刑法35条2項、38条による関税の営業上の脱税を理由とした3人の被告人の有罪判決を、破棄した。事例は、

110) OGH, SS49/3.

111) OGH, SS49/53.

被告人らは、税関に対して、58台の輸入中古車について非常に低い価格表記を与えた正犯行為者を、虚偽の会計報告の交付の際に支援したというものである。しかしながら、正犯行為者の意図を単に認識していたことは、OGHの見解によれば、更なる関与者について営業性を認めるためには十分ではないとされたのである「営業性は、所為の不法に関わるのではなくて、もっぱら行為者の責任に関わるものである……それゆえ、複数の行為関与者については……14条(2項)の規定に従い、営業的遂行に対して責任を負うのは、次のような者だけである。つまり、犯行の際に、その繰り返される実施によって、自身で例えば直接的な正犯者(あるいはその他の第三者)にではなく(犯行の直接的な経済的結果として、その者のものになる)継続的な収入を得る者である」¹¹²⁾。

こうした2項が適用された事例については、以下のように指摘される。

「責任で特徴付けられた身分犯の場合には、例外なく、有利に扱われる構成要件と、加重される構成要件が問題である、ということを示している。特別の一身の要素に関する、この種のさらなるバリエーションは、オーストリア法によれば、刑法でも、特別法でも、知られておらず、その結果、実務上、オーストリア刑法14条2項の適用範囲は、結局、構成的身分犯に限定されている」。

またフックスも、「OGHの実務の背後には、オーストリア刑法14条2項が真正身分犯にも適用された場合に生じるであろう、望ましくない可罰性の間隙を排除しようという努力がある」¹¹³⁾と述べている。實際上、判例において責任要素として認められるものは限られており、こうした加減的

112) OGH, 10 Os 112/80; Engertによれば、これと同じことが不真正軍事犯罪の場合も妥当するとされる。兵士と文民が共同で、オーストリア軍事刑法31条の意味での軍事窃盗を遂行した場合、軍人は、特別規定により責任を負うが、文民はもっぱら、刑法127条の単純窃盗を理由として責任を負う。なぜなら、文民には、責任が重いと評価された兵士の身分が欠けているから、とするのである Engert, aa.O., S. 120f.

113) Helmut Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, S. 299.

身分犯の事例にしか適用がなされていない以上、こうした指摘も否定できないと思われる。

2) 14条1項に関する判例

いわゆる、違法関係の身分に関する判例としては、以下のようなものが挙げられる。

1 被告人Bは、ウィーンの税務署の管理官として、税務上の経営監査により、Aの喫茶店に、追徴金、およそ60万シリングを徴収することを決定した。共同被告人Cは、税の追徴金詐欺として10万シリングを取り決め、そしてAにお返しとして6万シリングを要求するよう管理官に教唆した。OGHは、304条1項の公務員による贈物の受領を理由とした管理官Bの有罪だけではなくて、Cも、304条1項と12条2段でこの犯罪の規定正犯者として可罰的であると判断した。その理由中では、被告人Cは、Bによって正犯行為者としてなされた、304条1項の構成要件を実現したのであり、上述の犯罪の場合の正犯行為者の公務員たる資格は、犯行の不法に関わるものであるとして、14条1項が適用されるとされたのである¹¹⁴⁾。

また、上述のように、学説でも争いのある、身分者のみが不法関係的な身分犯の直接的正犯者たり得るのか、あるいは非身分者に対してもこれは可能であるとされるのかは、以下のような事例で問題となった。

2 非身分者と直接的正犯の可能性

1980年の判決で、OGHは、非身分者も身分犯を直接的正犯者として実現し得るという可能性に反対した。この事例は以下のようなものであった。

建材商人であるAは、自分の会社の過失的な支払い不能を招いたために、オーストリア159条1項の過失による破産を理由として有罪とされた。被告人の兄弟であり、その会社の指導的な構成員であったBは、直接的正犯での過失的な計画倒産の非難については無罪とされた。

114) OGH, 13 Os51/81.

なぜなら、彼には、『159条の身分犯の主体に要求される「複数の債権者の債務者」としての資格が』欠けていたからである。OGHは、このような見解を支持した¹¹⁵⁾。

しかしながら、他方、1986年の別の判決で、OGHは、こうした問題は判示されるべき事例にとっては重要ではなかったにもかかわらず、傍論で、身分のない行為関与者の直接正犯の可能性を肯定した。これは以下のような事例である。

被告人Bは、B株式会社の取締役会の会長として、共同被告人Nによって作成された権限のない追加決算を、正当なものであると承認し、B株式会社にそれによって高額の金融上の損害を与えた。OGHは刑法153条の背任については「背任の場合、さらに犯行の犯罪典型的な不法は、他人の財産に関する処分件を与えられた担い手が、そこから帰結する、犯行に関する特別な義務的地位に直接的に実行しなければならぬことはなく一定の方法で、つまり、故意に……共働した（オーストリア刑法14条1項2文）ことに左右される」と述べたのである¹¹⁶⁾。

3 自手犯

自手犯の場合、まさに身分者が、オーストリア12条第1段の意味にいう直接的正犯者として構成要件を実現しなければならない、という追加的な要件が妥当するものとされる。これには例えば、211条の「近親相姦」、あるいは、その者の法律上の父による、未成年者のわいせつ行為を把握している212条の『権力関係の濫用』を処罰化するものなどが挙げられる。しかし、以下の事例では、自手的な身分犯は、14条1項2文を考慮せずに解決され得るとされた。

被告人Hは、彼の未成年の息子に、暴力を用いて、共同被告人Gと

115) OGH, RZ 1980/21.

116) OGH in SSt 57/45.

性交するよう強制的に誘導したという事例である。OGHの見解に従えば、212条の意味の濫用は、自己のわいせつ行為のための濫用を意味しているとされる。つまり、性交のための権力関係の濫用は、「自手犯であり、行為者自身が被害者と性的な接触にあった場合にのみ存在する」とされるが、ここでオーストリア14条には言及されなかった。この場合の解決は、14条ではなく、むしろ、犯罪の文言自体から見出されるとされたのである¹¹⁷⁾。

4 特別義務犯

犯行の不法が、身分者が「その他一定の方法で犯行に関与した」ことに左右される身分犯の場合、いわゆる特別義務犯が把握される。これに属す最も重要な事例としては、153条の背任と302条の職権濫用が挙げられる。両構成要件は、損害の故意と並んだ主観的な観点において、追加的に、権力者による本質的な（刑法5条3項）権限濫用を前提としているものとされる。

例えば、業務代理人として、彼の会社の社長によって予め決められているよりも安く製品を売却し、そしてそれによって買い手に密かな歩合を得させる者は、彼が、その権限を与えた者の損害を可能にただけではなくて、彼に内部関係の中で認められた権限の濫用も確実であるとみなされる場合には、オーストリア153条の背任で可罰的となるとされる。しかしながら、そうした特別義務犯へ複数の行為者が関与する場合、身分者の主観的構成要件と同様、その他の関与者の主観的構成要件についてはどの程度要件とされ得るのか、という点が問題となる。例えば、実際に問題になったものとして挙げられるのが、以下のような事例である。

被告人Pは、大きなスーパーマーケットのカーペット売り場の責任者として雇われていた。認定された事実によれば、彼は、価値に見合うように、他の会社の品物を納入したように装った。そして、彼は、

117) OGH, 11 Os 5/91.

商品の入荷を捏造する際に、単純に従業員として行為した共同被告人Rに助けられた。この事例では、Pと並んでRも、オーストリア153条から有罪とされたのである。「Rは……14条1項第2文に従えば、Pの上述の犯罪への関与者として（認識して為された権限濫用に鑑みれば同様に認識して為された）12条の第三段の意味のその他の行為寄与によって、責任を負うのである」¹¹⁸⁾

さらにまた、別の事例として、被告人Bが、B株式会社の取締役会の会長として、副経営者である共同被告人Nによって作成された、不当な追加決算を、正当なものとして承認し、そしてそれと同時にB社に2800万シリング以上の損害を与えたという事例で、グラーツ・ラント裁判所によって、Bの背任の寄与により有罪とされた共同被告人Nは、彼に認められた寄与正犯の主観的な犯行側面に鑑みて、効果的に第一審の不十分な認定を不服であるとした。これにつき、OGHによる判断がなされたが、背任の際に身分のない寄与正犯者にあるべき要件については、以下のように述べられた。

「刑法153条1項の背任への寄与正犯（12条第3段）は、主観的な犯行側面については、次のことを前提とする。すなわち、当該正犯者が、特別の義務関係にある共働者による故意の権限濫用を確実である、とみなしているということである。特別の行為不法は、既に、身分者による、特別の信任関係の未必の故意の違反によってすら実現されるが、しかしながら、身分のない関与者の構成要件該當的な特別の故意は、それについての彼の認識を前提とする」。

このようにして、判例においては、身分者はその行為を知って行為し、さらに、その他の関与者も、身分者の行為を確実と思ったとすることが必要であるとされるのである。しかしながらこのような見解に対しては、寄与の目標及び規定の目標に対して二重の故意を要求することは、従属的な共犯体系においてのみ問題となるものであること、そしてそのような解釈

118) OGH, EvBl 1983/73.

は、自身では誠実義務のない関与者特権化されることになる、との批判がなされる。

3) ドイツ28条との比較

このように判例をみると、オーストリア刑法においては、違法・責任身分という一見明確な区分を前提としているようでありながら、具体的な適用事例においては、直接行為者の身分性、認識要件といった点につき、必ずしも明白であるとはいえない場合も存在する。以上のようなオーストリア判例を評価して、エンゲートは、以下のように述べる。

「身分犯の領域におけるオーストリア的解決が、ドイツ法に部分的に接近している、ということを示しているのである。オーストリア14条は、なるほど、不法関係の身分犯と、責任関係の身分犯とを区分しているが、判例は、真正身分犯と不真正身分犯との区別に至っている。

このことは、本質的に、1項で刑を基礎付ける身分犯を、2項で刑を加減する身分犯を把握しているドイツ28条の二元性に適合しているのである¹¹⁹⁾。

かつて、ドイツ刑法の構成的・加減的という区分が不合理なものであるとして創設されたオーストリア刑法典14条であったが、その具体的な適用事例については、依然として、ドイツと同じような枠組みで処理されているような印象を受ける。ただ、ドイツでは28条1項により、特別の一身の要素が存在しない共犯者の処罰を減輕すると規定されている。例えば、BGHは、被告人をドイツ266条1項と27条で背任の幫助で有罪としたミュンヘン第二ラント裁判所の判決を破棄したが、その理由においては、「ラント裁判所は、28条1項による刑の減輕の可能性を検討しなかった」「この規定による刑の減輕の可能性が……必要的に指示されているにもかかわらず」と述べられたのである¹²⁰⁾。

119) Engert, a.a.O., S.129.

120) vgl. BGH, StV 1994,17.

これとは逆に、オーストリア法によれば、身分犯の特別の要素が存在しない者に有利なように刑が減輕されることはないし、刑法典においても、身分のない関与者に対する、法定刑の変更も、特別の減輕事由も認められてはいない。この意味では、統一的正犯体系は貫徹されていると評価されるかもしれない。

しかしながら、オーストリアでは、例えば、特別義務犯の領域で、正犯行為への規定正犯及び寄与正犯の依存性が与えられている限りでは、ドイツ的な解決に接近することが明らかとなった。規定正犯者及び寄与正犯者が故意の正犯行為を前提としていない、と一般に認められているにもかかわらず、OGHは、少なくとも、身分のない関与者の故意を結び付けねばならないような、実行した身分者の未必の故意による義務違反性、他の関与者についてもその認識が必要であるとしているのである。

(4) 総 括

このような、立法上の展開、それに伴う学説の発展、および判例の状況に鑑みると、オーストリアでは統一的正犯体系が採用されているとはされているものの、實際上、その一貫性は疑わしいことが明らかになる。

歴史的に見れば、ドイツとの法統一化の動きによって作成されたオーストリア1927年草案は、間接正犯を狭義の共犯に解消する方向に進んだ。例えばリッターは、身分なき故意ある道具を利用する身分者には間接正犯ではなく、狭義の共犯が認められるべきであるとするところから、草案の規定には好意的な評価を示した。彼は、関与者のうちの誰かに身分が存在していればそれで十分であるとしたのである。

他方で、同じ客観主義派に属するとされたツィンマールは、このような場合に正犯に不法が存在しないにもかかわらず、共犯の成立を認めることは不当であるとして、身分者といえども、生じた正犯に従うべきものであるとした。また彼は、草案によって、従来通りの構成的・加減的身分という区分が維持された点を批判し、むしろ、身分犯の場合、当該身分が不法

あるいは責任に関係するものか、という点にしたがって、この問題を解決すべきであると考えた。さらに、彼は、主観的違法要素を否定し、目的犯の場合についても、目的への客観的傾向を構成要件要素と構成することによって、これが共犯者にも帰属されるとするのである。

このような見解に見られるような客観的傾向は、ツィンマールのような客観主義者のみならず、主観主義派によっても認められるものであり、オーストリアでは、その後も、違法の客観的把握、主観的要素は責任段階でのみ考慮されるとの伝統的ペーリング体系が維持されることとなった。

このような状況の中で、第二次大戦後、オーストリア刑法典が制定された。その12条では、統一的正犯体系を採用しながらも、14条において、不法に関する身分は、不法が客観的であるがゆえに、他の関与者にも影響を及ぼすものと説明されたが、これは各人の正犯としての把握、という前提とは矛盾するようなものであった。この14条は、関与者のうちの一人に身分が存在すれば良いとするリットラーの見解や、不法・責任身分という区分を妥当であるとするツィンマールの影響を受け、そして違法とは客観的なものであるとの前提から発展してきたオーストリアの刑法理論によって形成されたものなのである。

しかしながら、そうした中で、このような立場を固持し、刑法改正論議に大きな理論的影響力を有したノヴァコフスキーですら、従来の体系を維持することが困難となり、最終的には放棄するに至った。彼は、故意を不法に位置付け、従来否定して来たドイツにいう人的不法論に従うものとしたのである。ゆえに身分犯の規定として、自手犯、ならびに特別義務犯の場合として、14条1項2文が認められるものとし、この場合には、身分者が故意で犯行を実行することが不法にとって決定的であるとしたのである。彼の改説は、従来のような客観的な外部的評価という不法の構成に限界があることを示していたのである。

そしてまた、こうした14条の限定的解釈は判例においても認められているところであり、こうしたことに鑑みれば、オーストリアにおいても、統

一的正犯体系は純粹には貫徹されていないと評価され、むしろ實際上生じる帰結はドイツや日本の状況に接近しているとみることもできる。このように、関与体系として統一的正犯体系を採用したとしても、様々な点において、その具体的な運用には困難が伴っており、身分犯の問題の際に、それは如実に現われているのである。

こうしたノヴァコフスキーの見解の変遷からしても、オーストリアのように、統一的正犯を採用して、違法、責任という区分に依拠することによって身分犯の問題を決するという見解にも、ドイツと同じような限界が存在することが明らかになる。身分犯の問題を考察する上で、構成的身分犯の場合の非身分者の不処罰という帰結を回避しようとするのであれば、従属性という視点を放棄することはできないのであって、オーストリアのように、違法の客観性を持ち出すことによっても、非身分者の処罰を説明することは、説得性に欠けている。むしろ、正犯に従属する共犯という存在を認めた上で、身分者に関与することによってのみ、非身分者の処罰が基礎づけられるとする構成の方が、妥当ではないかと考えられるのである。

こうした、ドイツ、オーストリアにおける歴史的経緯、および具体的な問題状況を踏まえた上で、現在の日本において、どのような解決が望ましいとされるべきかについて、以下で考察する。